

Επιθεώρηση Δικαίου Πληροφορικής @ Information Law Journal

T. 1 (2020)

E-ISSN: 2732-6004

Available online at: <http://ejournals.lib.auth.gr/infolawj/>

Κατοχή και διανομή/διάθεση πορνογραφικού υλικού ανηλίκων (άρθρο 348 Α ΠΚ): Η νομολογιακή προσέγγιση κρίσιμων ζητημάτων ουσιαστικού και δικονομικού δικαίου

Γεώργιος Νούσκαλης, Επικ. Καθηγητής Νομικής ΑΠΘ-Δικηγόρος στον Αρειο Πάγο.

ΔΙΑΓΡΑΜΜΑ ΜΕΛΕΤΗΣ

1. *Εισαγωγή-Η σταδιακή διαμόρφωση της διάταξης και τα όρια του αδίκου ενόψει του προστατευόμενου εννόμου αγαθού.*
2. *Οι διακεκριμένες μορφές πορνογραφίας-Το ειδικότερο ζήτημα της κατοχής υλικού ανηλίκων κάτω των 15 ετών εντός και εκτός διαδικτύου.*
3. *Δικονομικά ζητήματα από τη λειτουργία των νέων μέσων αποθήκευσης (υπολογιστικό νέφος-cloud, messenger) και το εύρος προστασίας του απορρήτου των επικοινωνιών κατά το Ν 2225/1994*

1. ΕΙΣΑΓΩΓΗ

Το άρθρο 348Α ΠΚ εισήχθη με την παρ. 5 του Ν. 3064/2002 με σκοπό την καταπολέμηση της εμπορίας των ανθρώπων, των εγκλημάτων κατά της γενετήσιας ελευθερίας, της πορνογραφίας ανηλίκων και γενικότερα της οικονομικής εκμετάλλευσης της γενετήσιας ζωής και την βοήθεια στα θύματα των πράξεων αυτών. Η ισχύουσα μορφή του άρθρου σήμερα απέκτησε τα βασικά χαρακτηριστικά της με το άρ. 2 παρ. 10 του Ν. 3625/2007, με την απόσυρση του όρου της κερδοσκοπίας, ισοσκελίζοντας από την άποψη της απειλούμενης ποινής αφενός την παραγωγή (αρχικά

«παρασκευή») και αφετέρου τη διάθεση-διακίνηση με την προμήθεια/κατοχή ακόμη και για αποκλειστική χρήση του κατόχου του πορνογραφικού υλικού. Θα πρέπει να σημειωθεί, επίσης, ότι η παραγωγή/διάθεση/προμήθεια κατοχή πορνογραφικού υλικού ανηλίκων προσώπων κάτω των 15 ετών κατέστη κακούργημα για πρώτη φορά με το Ν 3727/2008. Με το Ν 4267/2014, εξάλλου ενσωματώθηκε στο εσωτερικό δίκαιο η Οδηγία 2011/93, με τα ακόλουθα αποτελέσματα: προστέθηκε αφενός μια νέα κακουργηματικής μορφής πράξη στο άρθρο 348 Α παρ.4 και αφετέρου αυξήθηκε το ύψος των χρηματικών ποινών στην ίδια ανωτέρω διακεκριμένη μορφή του αδικήματος. Εισήχθη, εξάλλου, μια πέμπτη παράγραφος στο ανωτέρω άρθρο, στην οποία τυποποιείται η πράξη της απόκτησης πρόσβασης σε πορνογραφικό υλικό ανηλίκων μέσω της τεχνολογίας του διαδικτύου. Πρόσφατα, επίσης, με το Ν 4411/2016 τροποποιήθηκε αφενός η ανωτέρω δεύτερη παράγραφος του επίμαχου άρθρου, που είχε εισαχθεί με το Ν 3727/2008, με την εισαγωγή της έννοιας του «πληροφοριακού συστήματος», ως τρόπου τέλεσης του εγκλήματος που αφορά όλες τις πράξεις του άρθρου 348 Α παρ.1 ΠΚ. Εν τέλει, με το Ν 4619/2019 εισήχθη ο νέος ΠΚ και τροποποιήθηκε η ανωτέρω διάταξη με επιβάρυνση της ποινής (κάθειρξη 10-15 ετών) για τις περιπτώσεις παραγωγής πορνογραφικού υλικού που συνδέονται με ανηλίκους κάτω των 12 ετών. Επαύξηση των ποινών υιοθετήθηκε επίσης από το νομοθέτη στις πλημμεληματικές εκδοχές του αδικήματος, σύμφωνα με τις παραγράφους 1-2 του ανωτέρω άρθρου.

Σχετικά με το προστατευόμενο έννομο αγαθό που θίγεται με τις ανωτέρω πράξεις οι περισσότερες απόψεις κινούνται γύρω από την κατάφαση είτε μιας βλαπτικής κατάστασης αφενός για τον πραγματικό απεικονιζόμενο ανήλικο και αφετέρου ενός κινδύνου για τους πιθανούς ανηλίκους θεατές¹ ή για τα πιθανά θύματα της «στρατολόγησης» από πλευράς των παραγωγών πορνογραφίας.² Υποστηρίζεται ότι λειτουργεί συγκεκριμένα μια συγκαλυμμένη πηγή κινδύνου για αόριστο αριθμό

¹ Βλ. αναλυτικά Μ. Καϊφα-Γκμπάντι, Διαδικτυακές προσβολές της ανηλικότητας, ΠoinXp 2012, σ. 160 επ. Βλ. από την πρόσφατη νομολογία ΣυμβΕφΘες 766/2011, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

² Βλ. Γ. Νούσκαλη, Πορνογραφία ανηλίκων, ΠoinΔικ 2006, σ. 161 επ.,

ανηλίκων που μπορούν να καταλήξουν θύματα της ανωτέρω δραστηριότητας³. Προβληματική παραμένει, ωστόσο, η εξίσωση από την άποψη των απειλούμενων ποινών, αφενός της παραγωγής/διάθεσης του υλικού και αφετέρου της προμήθειας/κατοχής για χρήση από τον ίδιο τον κάτοχο.⁴

Σχετικά με την κατάφαση της έννοιας της «κατοχής» σε ψηφιακό και, ιδίως σήμερα πλέον, σε διαδικτυακό περιβάλλον, θα πρέπει να ειπωθούν τα ακόλουθα: Απαραίτητη είναι η δυνατότητα πρόσβασης του δράστη στο ψηφιακό πορνογράφημα, ακόμη και αν ο ίδιος είτε δεν έχει αποθηκεύσει, προσωρινά ή μόνιμα, το ίδιο υλικό σε οποιοδήποτε μέσο, είτε δεν κατέχει ο ίδιος τον υλικό φορέα αποθήκευσης, διότι παρακολουθεί π.χ. ζωντανά ή σε μαγνητοσκόπηση την πράξη μέσω της τεχνολογίας «live streaming». Το ανωτέρω κριτήριο της δυνατότητας πρόσβασης φαίνεται να υιοθετεί και η νομολογία.⁵ Η απλή θέαση στην οθόνη του Η/Υ υλικού παιδικής πορνογραφίας δεν είναι αξιόποινη, κατά την ορθότερη γνώμη, όπως και το απλό άνοιγμα mail με αντίστοιχο υλικό, εφόσον δεν προκύπτει πραγματική εξουσίαση του υλικού και, άρα, δεν θεμελιώνεται κατοχή⁶. Το ίδιο δεν θα μπορούσε να υποστηριχθεί, ωστόσο, και με την πλοήγηση («σερφάρισμα») στο διαδίκτυο και την επίσκεψη σε ιστοσελίδες ή την διαδικτυακή πρόσβαση σε πορνογραφικό υλικό που είναι αποθηκευμένο σε άλλες μονάδες Η/Υ, διότι σε αυτή την περίπτωση συντελείται προσωρινή αποθήκευση στην κρυφή μνήμη του η/υ⁷. Σύμφωνα, εξάλλου, με την πρόσφατη νομολογία των δικαστηρίων της ουσίας, για την θεμελίωση της κατοχής⁸ απαιτείται το «άνοιγμα» ή η εκτύπωση των αρχείων και όχι η απλή αποθήκευση των

³Βλ.Α. Κιούπη, *Πορνογραφία ανηλίκων*, ΠοινΔογ 2008, σ. 5 επ.,Σ. Παπαγεωργίου-Γονατά, σε: Α. Χαραλαμπίκη ΠΚ, άρθρο 348Α, αριθ. 2, σελ. 2799,Ε.Συμεωνίδου-Καστανίδου, Προστασία προσωπικών εννόμων αγαθών, εκδ. 3^η 2016, σ. 300-301.

⁴ Βλ. Μ. Καϊάφα-Γκιμπάντι, ΠοινΧρ 2012, ό.π., σ. 161

⁵ Βλ. βλ. ΑΠ 628/2006,ΠοινΔικ 2006.1249, ΑΠ 810/2007, ΠοινΔικ 2007.813, ΑΠ 770/2015, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΕφΚερκ 14/2012, ΠοινΧρ 2013.59, ΕφΘεσ 80/2012,Αρμ 2012.781, ΜΟΔ Κατερίνης 19/2009, ΠοινΔικ 2010.1125, Πλημμ. Άρτας 50/2015, ΠοινΔικ 2015.1121, Πλημμ. Αθ. 428/2015, ΠοινΧρ 2016.228

⁶ Βλ. Ν. Παρασκευόπουλο-Ε.Φυτράκη, *Αξιόποινες Σεξουαλικές Πράξεις, άρθρα 336-353 ΠΚ*, εκδ. 2015, σ. 302 επ

⁷ Πρβλ. Παρασκευόπουλο/Φυτράκη, ό.π..

⁸ Βλ. σχετικά Β. Πολυζωίδου,Το έγκλημα της πορνογραφίας ανηλίκων: Το ευρωπαϊκό πλαίσιο της νέας Οδηγίας 2011 /93/ΕΕ και η εθνική έννομη τάξη», ΠοινΔικ 2013, σελ. 1014 επ, Γ. Μπουρμά, Προσπάθειες εννοιολογικού προσδιορισμού της κατοχής ηλεκτρονικών δεδομένων με χαρακτήρα παιδικής πορνογραφίας, ΠοινΔικ 2009, 322).

αρχείων πορνογραφικού υλικού ανηλίκων, αν αυτή τελέσθηκε εν αγνοία του κατηγορουμένου.⁹

Ως διάθεση, του πορνογραφικού υλικού θεωρείται, πέραν της πώλησης, και η μετακίνηση του πορνογραφικού υλικού, με ή χωρίς αντάλλαγμα. Κατά την νομολογία ως διάθεση θεωρείται η πράξη κυκλοφορίας του πορνογραφικού υλικού στο κοινό.¹⁰ (βλ. ΜΟΔ ΚΑΤΕΡ. 19/2009, Εφ. Θεσ. 80/2012, ΑΠ 770/2015). Δεν απαιτείται, πάντως, η διανομή σε αόριστο αριθμό ατόμων, αρκεί η ύπαρξη περισσότερων του ενός, όπως π.χ. η ανάρτηση σε ψηφιακό διαδικτυακό πίνακα (Bulletin Board Server).¹¹ Αρκετούς προβληματισμούς γεννά η αναπτυχθείσα τα τελευταία χρόνια τεχνολογία του μέσου κοινωνικής δικτύωσης και διακίνησης σύντομων μηνυμάτων («τιτιβισμάτων-tweets») twitter, μέσω του οποίου ένας χρήστης μπορεί απλώς να αναφέρει στη σελίδα του δικού του λογαριασμού-προφίλ ότι τρίτος χρήστης «ανέβασε» στο λογαριασμό του πορνογραφικού περιεχομένου μήνυμα, το λεγόμενο «retweet», στο οποίο έχουν πρόσβαση οι χρήστες-ακόλουθοι εκείνου που προέβη στην πράξη του retweet (επανάληψη μηνύματος-«τιτιβίσματος»). Η κατοχή είναι αμφισβητήσιμη στην περίπτωση αυτή, ενόψει του ότι την εξουσία διαχείρισης του «επανατιτιβίσματος», εν προκειμένω μηνύματος με πορνογραφικό υλικό, την έχει ο αρχικός παραγωγός του, διότι αν ο τελευταίος το διαγράψει από τον δικό του λογαριασμό, διαγράφεται αυτόματα και από τον χρήστη που έκανε «retweet»

2. Οι διακεκριμένες μορφές πορνογραφίας-Το ειδικότερο ζήτημα της κατοχής υλικού ανηλίκων κάτω των 15 ετών εντός και εκτός διαδικτύου

Σχετικά με τις διακεκριμένες μορφές πορνογραφίας ανηλίκων, θα πρέπει να παρατηρήσουμε τα ακόλουθα: Η δομή της διάταξης στηρίζεται είτε *στα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του δράστη που θεμελιώνουν* μία σταθερή πηγή κινδύνου (κατ' επάγγελμα- κατά συνήθεια τέλεση), είτε *στον τρόπο τέλεσης*. Διότι, συνεπάγεται

⁹ Βλ. ΕφΠειρ 1189/2011, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

¹⁰ βλ. ΑΠ 770/2015,ό.π., ΜΟΔΚατερίνης 19/2009, ό.π., ΕφΘεσ 80/2012, ό.π.).

¹¹ Βλ. ΕφΘεσ 80/2012, ό.π.

αφενός είτε ιδιαίτερη επικινδυνότητα (άσκηση ή απειλή βίας) και αφορά πρόσωπο σε ευάλωτη κατάσταση (ανήλικο ως 15 ετών ή έχοντα ανάγκη, ασθένεια ή αναπηρία) είτε σε ένα ιδιαίτερα βαρύ αποτέλεσμα της πράξης (βαριά σωματική βλάβη-θάνατος). Έχει υποστηριχθεί ότι στις περισσότερες από τις παραπάνω διακεκριμένες περιπτώσεις, εκτός από την κατ' επάγγελμα και κατά συνήθεια τέλεση της πράξης, απαιτείται επαφή του δράστη με το υπαρκτό ανήλικο θύμα. Δεν στοιχειοθετείται, λοιπόν, το ανωτέρω κακούργημα στην περίπτωση της εικονικής πορνογραφίας, της διαχείρισης πληροφοριών για την τελεσθείσα παιδική πορνογραφία ή της ψηφιακής πορνογραφίας ανηλίκων. Οι τιμωρούμενες στην παράγραφο 4 του ανωτέρω άρθρου, κατά κανόνα συνδυάζονται με την παραγωγή του υλικού παιδικής πορνογραφίας¹². Η αμέσως παραπάνω θέση μας βρίσκει σύμφωνους, ιδίως δε για το θέμα της κατοχής, χωρίς σκοπό περαιτέρω διάθεσης, πορνογραφικού υλικού ανηλίκων κάτω των 15 ετών, η οποία, θα πρέπει να τιμωρείται κατά την πρώτη παράγραφο του άρθρου 348 Α ΠΚ και όχι κατά την παράγραφο 4 του ίδιου άρθρου. Η τελευταία διάταξη, παρά την κακότεχνη διατύπωσή της, αφορά μόνο την παραγωγή τέτοιου υλικού και όχι την απλή κατοχή του ίδιου υλικού¹³. Η αμέσως παραπάνω άποψη έχει υποστηριχθεί σποραδικά στη νομολογία των δικαστηρίων της ουσίας και προσφάτως του Αρείου Πάγου, στην περίπτωση της σποραδικής επίσκεψης σε πορνοιστοσελίδες του υλικού αλλά χωρίς σκοπό διάθεσής ή βελτίωσης του υλικού και χωρίς καμμία επαφή του κατόχου του υλικού με το ανήλικο απεικονιζόμενο θύμα¹⁴, ενώ κρατούσα είναι η αντίθετη γνώμη.¹⁵ Η κρατούσα, ωστόσο, άποψη στη νομολογία, όχι μόνο μπορεί να οδηγήσει στην ποινικοποίηση της χρήσης του διαδικτύου, και μάλιστα με την μορφή κακούργηματος¹⁶, αλλά έρχεται και σε πλήρη αντίθεση με την αρχή της αναλογικότητας. Διότι, με την αποδοχή της εξισώνεται η απαξία της απλής κατοχής

¹² Βλ. Παρασκευόπουλο-Φυτράκη, *ό.π.*

¹³ Βλ. Συμεωνίδου-Καστανίδου, Προστασία προσωπικών εννόμων αγαθών, *ό.π.* σ. 311-312

¹⁴ Βλ. ΑΠ 1648/2016, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΣυμβΕφΚερκ 14/2012, *ό.π.*, ΔιαρκΣτρατΑθ 111/2015., ΕφΚρητης 134/2017, ΠοινΧρ 2018.391 Βλ. επίσης στην ίδια κατεύθυνση την άποψη της μειοψηφίας τριων μέλων, ήτοι του Προέδρου Χ.Σεβαστίδη και τριών ενόρκων, στην ΜΟΔΑθ 881/2015, 2016.1214

¹⁵ Βλ. ΣυμβΕφΘες 80/2012, *ό.π.*, ΜΟΔΚατερ 19/2009, *ό.π.*, ΜΟΔ 881/2015 (πλειοψ.), *ό.π.*, ΕφΠατρων 196/2017, ΠοινΧρ 2019.536

¹⁶ Βλ. ΣυμβΕφΚερκ 97/2011, ΠοινΧρ 2013.59

με εκείνην της παραγωγής του πορνογραφικού υλικού ανηλίκων, παρότι στην παράγραφο 4 του άρθρου 348 Α ΠΚ γίνεται ρητά λόγος για παραγωγή. Αν ο νομοθέτης, πάντως, επιθυμούσε την εξίσωση αυτή, δεν υπήρχε λόγος να αναφέρει τον όρο «παραγωγή» στην αμέσως ανωτέρω διάταξη, αρκούμενος στο ότι «τιμωρούνται οι πράξεις των ανωτέρω παραγράφων, στις οποίες περιλαμβάνεται η παραγωγή¹⁷ αφορώσα τη χρησιμοποίηση ανηλίκου που δεν έχει υπερβεί το 15^ο έτος της ηλικίας του. Η παραγωγή, λοιπόν, ως η βαρύτερη πράξη της αφηρημένης διακινδύνευσης των ανηλίκων στην πορνογραφία ανηλίκων, λόγω του ότι είναι ένα βήμα πριν την τέλεση γενετήσιων πράξεων με τους ανηλίκους, τιμωρείται με κάθειρξη 5-10 χρόνια όταν συνδέεται με την χρήση ανωτέρω ανηλίκων 15 ετών. Προκειμένου, δε, να τιμωρηθεί και ο κάτοχος ή εκείνος που διανέμει τέτοιο υλικό, με την ποινή της καθειρήξεως, πρέπει να έχει τελέσει και αυτός παραγωγή ή να έχει συνδράμει σε αυτήν, διότι διαφορετικά, αν είναι αμέτοχος, θα τιμωρηθεί με βαριά ποινή χωρίς να έχει τελέσει την απαιτούμενη πράξη. Ορθά, λοιπόν, υποστηρίζεται στη θεωρία¹⁸ ότι μόνο η παραγωγή που συνδέεται με τη χρησιμοποίηση ανηλίκων κάτω των 15 ετών, τυποποιείται στο άρθρο 348 Α παρ.4 περ. β υποπερίπτωση προτελευταία, δηλαδή όταν αφορά ανηλίκους κάτω των 15 ετών, και όχι οι λοιπές πράξεις των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 348 Α ΠΚ.

Σχετικά με την την κατ' επάγγελμα ή κατά συνήθεια τέλεση του εγκλήματος, μπορεί να διατυπωθεί η ακόλουθη σειρά σκέψεων: Στη θεωρία επισημαίνεται ότι οι έννοιες του κατ' επάγγελμα και κατά συνήθεια δράστη συνιστούν συμπεριφορές ενός τύπου εγκλήματος με την ίδια απαξία. Ο νομοθέτης ταυτίζει εν προκειμένω από την άποψη της ποινής την ύπαρξη επαγγελματικής δομής και οργάνωσης τόσο στην έννοια της κατ' επάγγελμα όσο και της κατά συνήθεια τέλεσης μιας πράξης, λόγω του ότι ακριβώς στην τελευταία δεν μπορεί συχνά να αποδειχθεί το κέρδος αλλά πάντως συνιστούν και οι δύο την ίδια ένταση διακινδύνευσης του εκάστοτε προσβαλλόμενου

¹⁷ Ορθά επισημαίνει η Μ.Καϊάφα-Γκμπάντι, ΠοινΧρ 2012, ό.π., σ. 162-163, την κλιμάκωση της απαξίας, από την χαμηλότερη, την κατοχή, στην αμέσως βαρύτερη, την διακίνηση και τέλος στην βαρύτερη, ήτοι την παραγωγή, πορνογραφικού υλικού ανηλίκων. Βλ. επίσης Χαραλαμπίκη, «Ο νέος ν. 3625/2007 για την εμπορία παιδιών, την παιδική πορνεία και την παιδική πορνογραφία, ΠοινΔικ 2007, σ.. ο οποίος ορθά παρατηρεί τα προβλήματα εφαρμογής της ανωτέρω διάταξης εκ της κακοτεχνίας της διατύπωσης.

¹⁸ Ε. Συμεωνίδου-Καστανίδου, Εγκλήματα κατά προσωπικών εννόμων αγαθών, 2016, σ. 301 επ

εννόμου αγαθού. Ιδιαίτερα τονίζεται¹⁹ ότι ο νομοθέτης θέσπισε την κατηγορία των κατ' επάγγελμα και κατά συνήθεια τελούμενων πράξεων ως μια επιβάρυνση του αξιοποίνου τιμωρώντας σε όλες τις σχετικές περιπτώσεις με την ίδια ποινή, διότι στηρίχθηκε πρωτίστως στο αντικειμενικό στοιχείο της επαγγελματικής δομής και οργάνωσης της πράξης η οποία προσβάλλει έτσι βαρύτερα το έννομο αγαθό, ακόμη και αν δεν προκύπτει ο σκοπός κέρδους. Τόσο εκείνος, λοιπόν, που τελεί την πράξη κατ' επάγγελμα όσο και εκείνος που την τελεί κατά συνήθεια, είτε τελεί μια φορά είτε επαναλαμβάνει την πράξη για μεγάλο χρονικό διάστημα, απαιτείται να το πράξει με οργανωμένη δομή προσβολής του εκάστοτε προστατευόμενου εννόμου αγαθού, όπως εδώ της ανηλικότητας. Από τα ανωτέρω αντικειμενικά στοιχεία και μόνο ο δικαστής μπορεί να οδηγηθεί στο περαιτέρω συμπέρασμα ότι ο δράστης παρουσιάζει ως σταθερό στοιχείο της προσωπικότητας του την ροπή τέλεσης του εγκλήματος ώστε να δικαιολογηθεί περαιτέρω η αυξημένη ποινή της καθείρξεως στο έγκλημα εν προκειμένω της πορνογραφίας ανηλίκων κατά συνήθεια. Ο νομοθέτης έμμεσα υποδεικνύει στον εφαρμοστή του δικαίου να προβεί στην αξιολόγηση -όχι μόνο της όλης εγκληματικής δραστηριότητας αλλά- και της προσωπικότητας του δράστη, όπως αυτή αναδεικνύεται μέσα από όλες τις περιστάσεις των μερικότερων πράξεων που τέλεσε καθώς και του πρότερου του βίου, πριν αποφανθεί θετικά για τη συνδρομή της επιβαρυντικής περίστασης της κατά συνήθεια τέλεσης του ανωτέρω αδικήματος.²⁰ Τονίζεται, ωστόσο ότι όταν πραγματώνεται, πάντως, μόνο μια πράξη, δεν φθάνει η απλή διάγνωση συνδρομής παιδοφιλικής τάσης²¹, ως ψυχικής διαταραχής ή σεξουαλικής διαστροφής, όπως δέχεται η νομολογία.²²

¹⁹ Βλ. Ν. Ανδρουλάκη, Ποινικό Δίκαιο, 2000, τ.β' Συρροη, σ. 15-16, Ε. Συμεωνίδου-Καστανίδου, Η κατ' επάγγελμα και κατά συνήθεια τέλεση της πράξης, 1990, σ. 179 επ

²⁰ Βλ. από τη νομολογία ΔιατΕισΕφΔυτΣτερεαςΕλλάδος, 46/2016, εισ. Γ.Τσιρώνης, ΠοινΔικ 2016.630.

²¹ Βλ. Παρασκευόπουλο-Φυτράκη, ό.π., σ. 304-306

²² Βλ. ΑΠ 1033/2014, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΕφΑιγαίου 48/2012, ΠοινΔικ 2012.991, ΕφΔωδεκ 19/2014, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

3. Δικονομικά ζητήματα από τη λειτουργία των νέων μέσων αποθήκευσης (υπολογιστικό νέφος-cloud, messenger) και το εύρος προστασίας του απορρήτου των επικοινωνιών κατά το Ν 2225/1994

Σχετικά με την θεώρηση ως παράνομων αποδεικτικών μέσων των κατασχεθέντων μηνυμάτων μέσω του προγράμματος αποθήκευσης στον κυβερνοχώρο « dropbox», (αποθηκευτικό κουτί) «cloud» (νέφος) και «messenger» (κομιστής μηνυμάτων) λόγω μη εφαρμογής της διαδικασίας του Ν 2225/1994 περί απορρήτου των επικοινωνιών , θα πρέπει να σημειωθούν τα ακόλουθα:

Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 1 ΠΔ 47/2005 -«Διαδικασίες καθώς και τεχνικές και οργανωτικές εγγυήσεις για την άρση του απορρήτου των επικοινωνιών και για τη διασφάλισή του»- : «Για την άρση του απορρήτου των επικοινωνιών και την καταγραφή σε ενιαίο κείμενο των όρων και της διαδικασίας αυτής καθώς και των τεχνικών και οργανωτικών μεθόδων με τις οποίες μπορεί αυτή να πραγματοποιηθεί και να διασφαλισθούν τα αποτελέσματά της, έτσι ώστε να μην θίγεται η ιδιωτική ζωή και η προσωπικότητα του πολίτη, παρά μόνο στο μέτρο και για όσο χρονικό διάστημα είναι αναγκαίο, χάριν της προστασίας της εθνικής ασφάλειας, της διακρίβωσης των εγκλημάτων που προβλέπονται στο άρθρο 4 του Ν 2225/1994, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 12 του Ν 3115/2003 και των εν γένει ατομικών δικαιωμάτων και ελευθεριών, εφαρμόζονται οι διαδικασίες που προβλέπονται από τις διατάξεις του παρόντος». Κατά δε τη διάταξη του άρθρου 3 παρ. 1 του ιδίου ΠΔ «Η άρση του απορρήτου δεν αφορά την διά ζώσης επικοινωνία, αλλά κάθε είδους επικοινωνία, η οποία διεξάγεται μέσω δικτύου επικοινωνίας ή παρόχου υπηρεσιών επικοινωνιών και την οποία χρησιμοποιεί ο συνδρομητής ή χρήστης κατά του οποίου λαμβάνεται το μέτρο της άρσης», ενώ στην παρ. 2 αναφέρονται τα είδη και οι μορφές επικοινωνίας, οι οποίες υπόκεινται στην άρση του απορρήτου, μεταξύ δε αυτών αναφέρονται και η τηλετυπική επικοινωνία (συνδρομητική), η τηλεφωνική επικοινωνία, η επικοινωνία δεδομένων μέσω δικτύων δεδομένων, οι επικοινωνίες μέσω διαδικτύου (internet) κ.λπ. Από την τελευταία αυτή διάταξη συνάγεται ότι ο σκληρός δίσκος ενός υπολογιστή, εξαρτήματα και σύνεργα αυτού, ως και πειστήρια ήχου, δεν αποτελούν είδος

επικοινωνίας. Τα στοιχεία, τα οποία ευρίσκονται αποθηκευμένα στο σκληρό δίσκο ηλεκτρονικών υπολογιστών, σε εξαρτήματα αυτών, σε ψηφιακή φωτογραφική μηχανή ή σε άλλο υλικό φορέα, ο οποίος ανήκει στον ύποπτο τελέσεως ορισμένου εγκλήματος και τα οποία δεν αναφέρονται σε κάποιας μορφής ανταπόκριση ή επικοινωνία με οποιονδήποτε τρόπο, δεν εμπίπτουν στην προστατευτική σφαίρα του απορρήτου της επικοινωνίας, με αποτέλεσμα για την εργαστηριακή επεξεργασία των στοιχείων αυτών να μην απαιτείται (κατ' αρχήν) η διαδικασία άρσεως του απορρήτου των επικοινωνιών. Εάν όμως τα αποθηκευμένα στοιχεία αναφέρονται σε κάποιας μορφής ανταπόκριση ή επικοινωνία, το απόρρητο των επικοινωνιών καταλαμβάνει και τα στοιχεία αυτά και ως εκ τούτου για την επεξεργασία και χρήση αυτών απαιτείται η τήρηση των όρων και της διαδικασίας της άρσεως απορρήτου επικοινωνιών, όπως προβλέπονται στο Ν 2225/1994, το Ν 3115/2003 και το ΠΔ 47/2005²³.

Το πεδίο εφαρμογής του Ν 2225/1994 περί άρσης απορρήτου επικοινωνιών αποτέλεσε θέμα με το οποίο ασχολήθηκαν θεωρητικοί αλλά και η νομολογία. Μετά τη θέση σε ισχύ Ν 3917/2011 φαίνεται να έχει επικρατήσει η άποψη ότι τα εξωτερικά δεδομένα ταυτοποίησης προστατεύονται ως απόρρητη επικοινωνία με τις εγγυήσεις του άρθρου 19 του Συντ. μετά την ενσωμάτωση της Οδηγίας 2002/58/EK με το Ν 3471/2006 και την έκδοση του ΠΔ 47/2005²⁴. Η ταύτιση αυτή οφείλεται στην τεχνολογική εξομοίωση των πληροφοριών που αφορούν το περιεχόμενο της επικοινωνίας με εκείνα που αναφέρονται στα εξωτερικά δεδομένα αυτής. Τα δεδομένα αυτά διατηρούνται μετά από το Ν 3917/2011 από τους παρόχους για 12 μήνες και παρέχεται σε αυτά δικαίωμα πρόσβασης στη δικαστική αρχή μετά την έκδοση βουλεύματος, σε αντιστοιχία δηλαδή με την άρση του απορρήτου των ηλεκτρονικών επικοινωνιών με τους όρους του Ν 2225/1994 κατά το άρθρο 4 του Ν 3917/2011 και μετά την πρόσφατη νομολογία του Ανωτάτου Ακυρωτικού μας²⁵. Σχετικά με το ανωτέρω θέμα έχουν διατυπωθεί διαφορετικές απόψεις αναφορικά με το αν πρέπει να προηγηθεί η διαδικασία περί άρσης απορρήτου των επικοινωνιών για την ανεύρεση και

²³ ΓνωμΕισΑΠ 6/2008 ΠοινΔικ 2009, 185

²⁴ βλ. Νούσκαλη, Ποινική προστασία προσωπικών δεδομένων, β' έκδοση, 2007, σ. 123

²⁵ ΑΠ 924/2009 ΝΟΜΟΣ, contra ΓνωμΕισΑΠ 9/2011 ΠοινΔικ 2011, 590

ακολουθώντας τη χρήση τους σε δίκη αρχείων - δεδομένων, η κατοχή και διακίνηση των οποίων συνιστά καθεαυτή ποινικό αδίκημα από το υποκείμενο των δεδομένων - χρήστη και τα οποία είναι αποθηκευμένα σε cloud storage, με τα οποία είναι συνδεδεμένοι υπολογιστές και ειδικές συσκευές κινητής τηλεφωνίας (smart phones). Κατά την ορθότερη άποψη πρέπει και σε αυτές τις περιπτώσεις να τηρηθεί η διαδικασία των άρθρων 4 παρ. 4 και 5 του Ν 2225/1994 (βλ. άρθρο 253Α παρ. 1 εδ. γ' του ΚΠΔ), σύμφωνα με βούλευμα του Συμβουλίου Πλημμελειοδικών Αθηνών του έτους 2016, ενόψει του ότι αυτά εντάσσονται στην έννοια της «επικοινωνίας»²⁶. Σε διαφορετική περίπτωση, θα μπορούσαν να κατασχεθούν και αξιοποιηθούν στο δικαστήριο χωρίς τις εγγυήσεις του Ν 2225/1994²⁷.

²⁶ Βλ. ΣυμβΠλημΑθ 613/2016(πλειοψηφία), ΠοινΔικ 2016.424, σύμφωνα με το οποίο: «... «...Και τούτο διότι πρωτίστως όλες οι πολιτικές απορρήτου των παρόχων των υπηρεσιών αποθήκευσης, δηλαδή των ιδιοκτητών ή μισθωτών των διακομιστών (servers), δεν εξασφαλίζουν την άμεση πρόσβαση προς χρήση όλων αυτών των αρχείων - δεδομένων, αλλά παρατηρείται ακριβώς το αντίθετο. Ειδικότερα σε όλες τις περιπτώσεις οι πάροχοι [ιδιοκτήτες ή μισθωτές των διακομιστών (servers)] ενημερώνουν το χρήστη ότι να μην μπορεί να ανεβάσει, να διατηρεί και να διακινεί παράνομο περιεχόμενο, ωστόσο η κύρωση από τη μη τήρηση αυτών των όρων είναι το κλείσιμο του λογαριασμού του χρήστη από τον πάροχο. Οι πάροχοι ενημερώνουν ότι μπορούν να δώσουν στοιχεία σε περίπτωση υποβολής νομότυπου αιτήματος και ότι η ικανοποίηση άλλων αιτημάτων επαφίεται στη διακριτική τους ευχέρεια (βλ. ηλεκτρονικές σελίδες www.apple.com/leal/internetservices/icloud/en/term.html για το icloud, <https://support.google.com/drive/answer/> και www.google.com/policies/privacy/ για το google drive και www.drop.com/privacy για το dropbox). Το τελευταίο δεν είναι απλά αποθηκευτικός χώρος αλλά χρησιμοποιείται κυρίως για μεταφορά αρχείων μεγάλης χωρητικότητας και στην πολιτική απορρήτου του ο πάροχος δηλώνει ρητά ότι αντιτίθεται στη διαρροή οποιουδήποτε μέρους τεχνογνωσίας προκειμένου να γίνει χρήση ακόμη και από κρατικές υπηρεσίες και ότι δεν ικανοποιεί κυβερνητικά αιτήματα που αναφέρονται σε μεγάλο αριθμό προσώπων και τα οποία δεν σχετίζονται με συγκεκριμένη έρευνα...Επομένως, σε κάθε περίπτωση για το νομότυπο σχετικού αιτήματος θα πρέπει να έχει τηρηθεί η διαδικασία της προηγούμενης δικαστικής άρσης απορρήτου κατά τις διατάξεις του Ν 2225/1994, η οποία διαδικασία σε κάθε περίπτωση αναπληρώνει και τη συναίνεση του χρήστη ως προς τη χρήση των κωδικών του πρόσβασης στις υπηρεσίες αποθήκευσης (δεδομένου ότι η κάθε λειτουργία λογαριασμού - αποθηκευτικού χώρου προϋποθέτει κωδικούς χρήσης για την ταυτοποίηση του χρήστη - υποκειμένου). Όταν επομένως έχει μεσολαβήσει η δημιουργία λογαριασμού και η χρήση κωδικών πρόσβασης για τη χρήση της υπηρεσίας αποθήκευσης στο διακομιστή (server) του παρόχου, είναι αμφίβολο το αν μπορεί το υπολογιστικό αυτό νέφος (cloud storage) που ενδεχομένως βρίσκεται και σε άλλη ήπειρο να θεωρηθεί τμήμα υπολογιστή και ακολουθώντας να θεωρηθεί νόμιμη η χωρίς τις εγγυήσεις των άρθρων 253 και 253Α του ΚΠΔ χρήση των δεδομένων αυτών σε δίκη...»

²⁷ Πρβλ. Π. Ανδρέαδη-Παπαδημητρίου, Η πορνογραφία ανηλίκων στην εποχή του υπολογιστικού νέφους. Σκέψεις με αφορμή το Ν 4267/2014, ΠοινΔικ 2015.454 επ